de Rechtspraak

Raad voor de rechtspraak

De Minister van Economische Zaken,
Landbouw en Innovatie
Drs. M.J.M. Verhagen
Postbus 20401
2500 EK Den Haag

Directie Strategie en Ontwikkeling

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

www.rechtspraak.nl

datum 5 oktober 2012
contactpersoon
doorkiesnummer
faxnummer
e-mail
ons kenmerk UIT 5962 S&O / RMD
uw kenmerk DGETM-MC / 12091546
cc de Minister van Justitie
onderwerp Adviesaanvraag concept wetsvoorstel tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten

Geachte heer Verhagen,

Bij brief van 19 juli 2012 met bovengenoemd kenmerk verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de "**Raad**") advies uit te brengen inzake het conceptwetsvoorstel tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (ACM) en enige andere wetten (het "**Wetsvoorstel**"). De Instellingswet ACM is thans bij de Tweede Kamer aanhangig. Daarin wordt de samenvoeging van NMa, OPTA en Consumentenautoriteit geregeld.[1] Het ter advisering voorliggende wetsvoorstel beoogt de ACM effectief, efficiënt en slagvaardig te laten functioneren en voorziet in verband daarmee in een vereenvoudiging en stroomlijning van taken en procedures binnen de ACM. Het gaat daarbij onder meer om zaken als beslis- en betalingstermijnen, openbaarmaking van besluiten, het sanctie-instrumentarium, toezichthoudende bevoegdheden en bezwaar- en (hoger) beroepsprocedures. Ook worden enkele specifieke procedures vereenvoudigd. Het zogenoemde duale stelsel van handhaving op het gebied van consumentenbescherming en van de Telecommunicatiewet wordt afgeschaft en er wordt een uniform stelsel van bestuursrechtelijke handhaving voor het algemene mededingingstoezicht ingevoerd.[2]

---

[1] Instellingswet ACM Kamerstukken 33 186
[2] Concept MvT, blz. 1-2

Gehoord de gerechten, adviseert de Raad als volgt.[3]

Hoofdpunten

De Raad kan zich niet vinden in het afschaffen van de bezwaarfase voor boetebesluiten en gecombineerde besluiten. Het afschaffen van de bezwaarfase in geval van geschilbeslechting door het ACM stuit bij de Raad niet op bezwaar.

Rechtspraak in twee feitelijke instanties dient volgens de Raad het uitgangspunt te zijn. De Raad kan zich niet vinden in de uitzonderingen die het wetsvoorstel op dit uitgangspunt maakt. Concentratie in eerste aanleg van behandeling van de betreffende zaken bij de rechtbank Rotterdam kan op instemming rekenen, evenals de aanwijzing van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) als hoger beroepsinstantie.

Advies

I Algemeen

De Raad spreekt in zijn algemeenheid zijn waardering ervoor uit, dat in het wetsvoorstel de toezichtsbevoegdheden en de daarbij behorende rechtsbescherming worden geharmoniseerd en gestroomlijnd.

II Rechtsbescherming

Afschaffing duaal stelsel
Voor de verschillende vormen van markttoezicht bestaan op dit moment uiteenlopende stelsels van handhaving. De bepalingen van generieke consumentenbescherming kunnen zowel civielrechtelijk als bestuursrechtelijk worden gehandhaafd, de bepalingen van het sectorspecifieke telecommunicatietoezicht zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk en het mededingingstoezicht alleen bestuursrechtelijk. In het wetsvoorstel is gekozen voor een systeem van uitsluitend bestuursrechtelijke handhaving. De duale stelsels uit de Wet handhaving consumentenbescherming en Telecommunicatiewet worden derhalve afgeschaft. De Raad kan zich vinden in deze harmonisatie.

Afschaffing bezwaarfase

[3] De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklast van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.

Het voorstel voorziet in afschaffing van de bezwaarprocedures bij boetebesluiten, bij gecombineerde besluiten (boetebesluiten vergezeld van een opgelegde last onder dwangsom) en bij besluiten inzake geschilbeslechting. Onderstaand wordt afzonderlijk op de genoemde besluiten ingegaan.

- Boetebesluiten
In de bezwaarprocedure moet het bestuursorgaan zijn besluit opnieuw overwegen en daarbij alle relevante feiten en omstandigheden betrekken. Tevens moeten alle relevante belangen worden afgewogen, waaronder ook die van eventuele derde-belanghebbenden. Met name in geval van complexe besluitvorming is de bezwaarprocedure een waarborg dat de verschillende feiten en belangen de aandacht krijgen die zij verdienen. De bezwaarprocedure is daarmee dus een wezenlijk onderdeel van de rechtsbescherming. Afschaffing daarvan betekent een ingrijpende afwijking van het systeem van de rechtsbescherming zoals die door de Algemene wet bestuursrecht wordt geboden. In de Memorie van Toelichting[4] (MvT) wordt aangegeven dat bij boetebesluiten partijen vaak verdeeld worden gehouden door een juridische vraag die zij beantwoord wensen te zien door de bestuursrechter en dat zij gebaat zijn bij duidelijkheid en rechtszekerheid omtrent de uitleg van een toegepaste norm. De Raad is er niet op voorhand van overtuigd dat de vaststelling van de feiten in de onderhavige boetezaken geen onderwerp van verschil van inzicht tussen de autoriteit en degene die beboet wordt, zal (kunnen) zijn. De Raad merkt op dat uit het enkele feit dat er in de onderhavige zaken na de bezwaarfase vaak wordt doorgeprocedeerd niet kan worden afgeleid dat de feitenvaststelling niet in geschil is geweest. De ervaring leert dat in de bezwaarprocedure – bijvoorbeeld – de NMa herhaaldelijk komt tot een bijstelling van het oorspronkelijke boetebesluit. Het komt de Raad eerder voor dat de professionaliteit van partijen en de grote belangen die met dit soort besluiten gemoeid zijn, leiden tot een grotere beroepsbereidheid.
Daarbij wil de Raad wijzen op de veelal belangrijke rol die de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet speelt in de bezwaarfase. De afschaffing van de bezwaarprocedure en daarmee van de Adviescommissie – tenzij aan die commissie een rol in het voortraject zou worden toebedeeld – wordt als een verlies beschouwd.
De Raad hecht aan het voortbestaan van de bezwaarprocedure in deze boetezaken omdat zaken die in bezwaar zijn behandeld in het algemeen beter uitgekristalliseerd zijn en beter door de rechter kunnen worden beoordeeld dan zaken die rauwelijks aan de rechter worden voorgelegd. Dit geldt overigens zowel ten aanzien van de feiten als ten aanzien van de beoordeling van de rechtsvraag waarover partijen van mening verschillen. Na de bezwaarfase is in het algemeen duidelijker wat partijen precies verdeeld houdt en hoe zij denken over hetgeen hen verdeeld houdt.
Gelet op het voorgaande adviseert de Raad u het wetsvoorstel aan te passen in die zin dat de bezwaarfase voor de boetebesluiten niet wordt afgeschaft.

- Gecombineerde besluiten
Het komt voor dat in één besluit, zowel een besluit wordt genomen omtrent de oplegging van een boete als het opleggen van een last onder dwangsom. Het wetsvoorstel regelt dat de bezwaarfase ook wordt afgeschaft bij deze zogenoemde gecombineerde besluiten. Gelet het bovenstaande is de Raad ook voor deze gecombineerde besluiten geen voorstander van het afschaffen van de bezwaarfase.

---

[4] MvT blz. 14

Overigens is de Raad in zijn algemeenheid wel een voorstander van het stroomlijnen van de procedure bij gecombineerde besluiten waarin zowel een boete als een last onder dwangsom wordt opgelegd. Nu is soms een beroepsmogelijkheid in twee instanties voor de boete en – bijvoorbeeld bij besluiten op grond van de Meststoffenwet – is daarnaast voor de daarmee samenhangende last onder dwangsom beroep in eerste en enige aanleg opengesteld. Stroomlijning van die procedures zal coördinatieproblemen en onnodige aanhoudingen van beroepen tegen de last onder dwangsom kunnen voorkomen.

- Geschilbeslechting
Ten slotte wordt in het wetsvoorstel voorgesteld de bezwaarfase af te schaffen in geval van geschilbeslechting door de ACM. De Raad is van mening dat afschaffing van de bezwaarfase hier niet op bezwaren stuit. De geschillenbeslechting is immers per definitie al gericht op de oplossing van het geschil. Zoals in de MvT wordt opgemerkt zal naar verwachting een tweede poging tot geschilbeslechting door de toezichthouder, na het mislukken van de eerste, weinig succesvol zijn.

Rechtspraak in twee feitelijke instanties
De Raad merkt op dat hij als uitgangspunt rechtspraak in twee feitelijke instanties hanteert, en zich aldus kan vinden in de algemene lijn die in het wetsvoorstel is opgenomen. In het wetsvoorstel wordt echter ook voorgesteld om in een aantal gevallen (besluiten inzake geschilbeslechting (Postwet 2009), moederbesluiten in tarieven en voorwaardensfeer op basis van de Loodsenwet, Scheepvaartverkeerswet, Spoorwegwet en Wet luchtvaar) het hiervoor genoemde uitgangspunt van rechtspraak in twee feitelijke instanties los te laten en - daar waar dat nog niet het geval is - beroep in eerste en enige aanleg bij het CBb in te voeren. In die gevallen gaat het aldus de MvT[5] om een zeer beperkt aantal zaken per jaar en is snelle besluitvorming van belang, ook omdat andere besluiten ervan afhankelijk zijn. De Raad merkt hier het volgende bij op. De te verwachten hoeveelheid zaken is, zoals de MvT wordt opgemerkt, zeer gering. De Raad is van mening dat de voor de betrokken partijen gewenste snelheid van behandeling ook kan worden verkregen door middel van concentratie van deze zaken bij één gerecht van eerste aanleg, zoals in de volgende alinea wordt voorgesteld. Volgens de Raad is er geen reden om van de hoofdregel van rechtspraak in twee feitelijke instanties af te wijken en verzoekt u dan ook het wetsvoorstel in die zin aan te passen.

Concentratie
In alle gevallen waar de hoofdregel van rechtspraak in twee feitelijke instanties van toepassing is, is vanwege de aard van de materie in eerste aanleg gekozen voor concentratie van rechtsmacht bij de rechtbank Rotterdam. De Raad kan zich hierin vinden, omdat voor deze gevallen wordt aangesloten bij reeds bestaande competentie van deze rechtbank. Gezien de al aanwezige kennis en ervaring op dit terrein bij de rechtbank Rotterdam ligt het in de rede dat de zaken die extra uit dit wetsvoorstel voortvloeien - bovenop de reeds uit de materiële wetten voortvloeiende zaken - in eerste aanleg door deze rechtbank worden behandeld. Hierbij speelt dat het aantal extra zaken naar verwachting gering zal zijn (zie hierna onder werklast). Het voorgaande sluit aan bij het Toetsingskader wettelijke concentratie van 21 september 2011 dat door de Raad in samenspraak met de gerechten is opgesteld. De Raad kan zich dan ook vinden in concentratie van deze zaken bij de rechtbank Rotterdam.

---

[5] Concept MvT blz. 16-17

Gelet op de aard van de materie en de ervaring die het CBb heeft op dit terrein, ligt aanwijzing van het CBb als hoger beroepsrechter volgens de Raad voor de hand.

III Overig

Zelfstandige last/bindende aanwijzing/bindende toezegging
Het wetsvoorstel kent aan de ACM in het algemeen de bevoegdheid toe om een zelfstandige last op te leggen (artikel 12ga). Een zelfstandige last kan zowel wegens een overtreding worden opgelegd (bindende aanwijzing) als voorafgaand aan de vaststelling van een overtreding. Doel van dergelijke lasten is de bevordering van de naleving van wettelijke voorschriften. De ACM kan de betrokken ondernemer opdragen een bepaalde gedragslijn te volgen of na te laten teneinde aan de wettelijke bepalingen te voldoen.
De Raad merkt op dat de bevoegdheid tot het opleggen van de zelfstandige last thans nog niet voorkomt op het gehele terrein van wetgeving dat de ACM zal bestrijken. De zelfstandige last is nu bijvoorbeeld nog niet opgenomen in de Telecommunicatiewet. In de MvT wordt niet ingegaan op de reden van de verbreding van deze bevoegdheden van de toezichthouder. De Raad verzoekt u hieraan in de MvT aandacht te besteden.
De zelfstandige last kan volgens de Raad grote gevolgen voor betrokkenen hebben. In dit licht bezien is deze last zeer summier genormeerd in het wetsvoorstel. In artikel 12ga zijn geen randvoorwaarden opgenomen waaronder de last kan worden uitgeoefend, evenmin is genormeerd wat de last kan inhouden. Dat een dergelijke last verband moet houden met de naleving van de wettelijke voorschriften waarvan de ACM met het toezicht is belast, is vanzelfsprekend en geeft geen inzicht in de reikwijdte van de bevoegdheid. De Raad merkt op dat hiermee een buitengewoon vrije bevoegdheid aan de ACM wordt gegeven. Voor de beoordeling van de vraag of het bestuur deze bevoegdheid rechtens juist heeft uitgeoefend, worden weinig aanknopingspunten geboden. De Raad verzoekt u hieraan in het wetsvoorstel aandacht te besteden.

Bevoegdheid tot waarschuwing
In het voorgestelde artikel 2.23 van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) wordt de bevoegdheid van de ACM geregeld om het publiek, voordat een overtreding is vastgesteld, te waarschuwen voor schadeveroorzakende handelspraktijken. Artikel 2.23 Whc ziet op het uitvaardigen van een openbare waarschuwing. De beslissing van de ACM om een openbare waarschuwing uit te vaardigen is een besluit waartegen bezwaar en beroep openstaat. Ingevolge het vierde lid, geschiedt het uitvaardigen van een openbare waarschuwing waarin een ondernemer met name wordt genoemd niet eerder dan nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop het besluit aan hem bekend is gemaakt. Ingevolge het vijfde lid van artikel 2.23 Whc zal de werking van het besluit worden opgeschort indien wordt verzocht om een voorlopige voorziening, totdat de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan.
Aangezien de bevoegdheid tot waarschuwing een verstrekkende bevoegdheid is, verdient het aanbeveling deze te voorzien van een duidelijke motivering. De eisen die aan een dergelijke openbare waarschuwing moeten worden gesteld, worden echter in het wetsvoorstel noch in de MvT voldoende uitgewerkt. De Raad verzoekt u dit in het wetsvoorstel verder uit te werken, zodat er een toetsingskader beschikbaar is aan de hand waarvan de rechtmatigheid van een openbare waarschuwing kan worden

beoordeeld. Overigens neemt de Raad aan dat in dit verband bedoeld wordt de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam en niet die van het CBb. Volgens de Raad verdient het aanbeveling dit in de MvT te verduidelijken.

Plicht tot publicatie
Op grond van artikel 12r van het wetsvoorstel is de ACM verplicht *alle* besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties en van bindende aanwijzingen openbaar te maken. Artikel 12s regelt dat de ACM alle andere besluiten (waaronder de besluiten tot het niet opleggen van een bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing of een zelfstandige last) openbaar *kan* maken.
Het opnemen van een beginselplicht tot publicatie leidt ertoe dat er geen uitzondering op deze plicht mogelijk is en dat dus geen rekening kan worden gehouden met mogelijke bijzondere omstandigheden. De ervaring, bijvoorbeeld in financieel toezichtzaken waar al een dergelijke verplichting geldt, leert dat een dergelijke mogelijkheid in beroep soms zeer wordt gemist. Bij een discretionaire bevoegdheid is publicatie van sancties mogelijk, maar kan zo nodig een uitzondering worden gemaakt. Het wetsvoorstel voorziet wel in een tenzij-clausule (artikel 12r, vierde lid), maar deze uitzonderingsmogelijkheid is zeer beperkt. De Raad vraagt zich af waarom hier niet is aangesloten bij de formulering zoals is opgenomen in de Europese Richtlijnen inzake marktmisbruik en markten voor financiële instrumenten[6], en verzoek u hierop in de MvT in te gaan.

Schorsende werking
Op dit moment wordt in een aantal wetten, zoals de Mededingingswet en de Telecommunicatiewet, voorzien in de schorsende werking van beroep tegen boetebesluiten. In een aantal andere wetten, waaronder de Wet handhaving consumentenbescherming, wordt hierin niet voorzien.
In art. 12o van het wetsvoorstel is bepaald dat indien de ACM besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete en deze meer bedraagt dan 100.000 euro, de werking van dat besluit wordt opgeschort totdat de beroepstermijn is verstreken, of indien beroep of hoger beroep is ingesteld, op het beroep of hoger beroep is beslist. De Raad kan zich vinden in dit voorgestelde systeem van schorsende werking bij boetes die hoger zijn dan 100.000 euro.

Werklast

De Raad verwacht als gevolg van de maatregelen een toename van ongeveer vijftig zaken bij de rechtbank Rotterdam en een toename van ongeveer tien á twintig zaken bij het College van beroep voor het bedrijfsleven. Deze verwachte toename in aantallen wordt met name veroorzaakt door de afschaffing van de bezwaarschriftprocedure bij boetebesluiten en gecombineerde besluiten.
De afschaffingen van de duale stelsels uit de Wet handhaving consumentenbescherming en de Telecommunicatiewet leiden ertoe dat voorheen civiele zaken en strafzaken voortaan zullen instromen als bestuursrechtelijke zaak. Hier gaat het echter naar verwachting om een klein aantal zaken.

---

[6] Art. 51 lid 3 Richtlijn 2004/39/EG en art. 14 lid 4 Richtlijn 2003/6/EG. "De lidstaten bepalen dat de bevoegde autoriteit iedere maatregel of sanctie die wordt opgelegd voor schending van de bij deze richtlijn aangenomen bepalingen openbaar mag maken, tenzij deze openbaarmaking de financiële markten ernstig in gevaar zou brengen of onevenredige schade zou toebrengen aan de betrokken partijen."

De Raad gaat er met bovengenoemde aanname van uit dat het wetsvoorstel niet tot een significant financieel effect op de werklast zal leiden[7]
Mocht na de invoering van de wet sprake zijn van substantiële werklastgevolgen, dan houdt de Raad zich het recht voor om hier op een later moment op terug te komen.

Tot slot
Indien na het uitbrengen van dit advies het wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het uiteindelijke Wetsvoorstel, stelt de Raad het op prijs op als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het Wetsvoorstel bij de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het *Staatsblad*. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit Wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,

Mr F.C. Bakker
Lid Raad voor de rechtspraak

[7] De financiering van zowel bijzondere competentiezaken van de rechtbank Rotterdam als van het CBb. gebeurt op zgn. lumpsum-basis. Er is hier geen sprake van een doorrekening met een productgroepprijs of genormeerde behandeltijden.

de Rechtspraak

Raad voor de rechtspraak

TNT Post
Port betaalc
Port Payé
Pays-Bas

De Minister van Economische Zaken,
Landbouw en Innovatie
Drs. M.J.M. Verhagen
Postbus 20401
2500 EK Den Haag

9-10-2012
9-10-2012